

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
CAROLINA RIBEIRO CALMON**

**AS PRIMEIRAS REPERCUSSÕES DA ADPF 347 NAS AUDIÊNCIAS DE  
CUSTÓDIA: Uma análise à luz da dignidade das pessoas presas**

**Juiz de Fora  
2016**

**CAROLINA RIBEIRO CALMON**

**AS PRIMEIRAS REPERCUSSÕES DA ADPF 347 NAS AUDIÊNCIAS DE  
CUSTÓDIA: Uma análise à luz da dignidade das pessoas presas**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de Direito Penal sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**CAROLINA RIBEIRO CALMON**

## **AS PRIMEIRAS REPERCUSSÕES DA ADPF 347 NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: Uma análise à luz da dignidade das pessoas presas**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de Direito Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 09 de dezembro de 2016

## **RESUMO**

Esse trabalho tem por objetivo apresentar considerações acerca do importante aspecto do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais da comunidade carcerária, no contexto do sistema penitenciário e sua atual crise. Propõe-se, também, a tratar do Estado de Coisas Inconstitucional previsto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347, declarado no sistema prisional brasileiro, bem como as medidas advindas da ADPF 347 – a saber, a audiência de custódia e sua obrigatoriedade que será o foco do desenvolvimento – e suas repercussões nos recentes julgados dos órgãos integrantes do judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Pessoa Presa. Dignidade. Estado de Coisas Inconstitucional. ADPF 347. Audiências de Custódia.

## ***ABSTRACT***

The intent of this article is to present considerations about the important aspect of the principle of human dignity and of the fundamental rights of the prisoner's community, in reference of the penitentiary system and its present crisis. It is also proposed to discuss about the Unconstitutional State of Things from ADPF nº 347 acknowledged is the Brazilian's prison system, as well as the initiatives from de ADPF – for example, custody hearing and its obligatoriness – and its repercussions in the recents judgments made from Brazilian legal system.

Keywords: Fundamental Rights. Prisoner. Dignity. State of Unconstitutional Things. ADPF 347. Custody Hearing.

## SUMÁRIO

1 Introdução .....	07
2 Dos Direitos Fundamentais da pessoa presa: dignidade do encarcerado .....	08
2.1 Constituição Federal 1988 .....	10
2.2 Código Penal: Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940 e Lei de Execução Penal: Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984 .....	11
3 Da ADPF nº 347: Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no sistema carcerário brasileiro .....	14
4 Da audiência de custódia: suas possibilidades para minimizar o Estado de Coisas Inconstitucional? .....	16
4.1 Da ADPF 347 e a obrigatoriedade da audiência de custódia nos recentes julgados.....	18
5 Conclusão .....	22
6 Referências .....	25
7 Obras consultadas .....	26

## **1 Introdução**

Enorme desafio enfrentado atualmente pelos estudiosos e operadores do Direito diz respeito à eficácia e, portanto, à concretização, à efetivação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas que compõem a população carcerária.

É neste contexto que nota-se claramente o desinteresse e a omissão dos órgãos públicos no que tange à suficiência e à eficiência dos instrumentos jurídicos, já disponíveis no sistema jurídico do Brasil, capazes de promover a plena realização daquilo que se encontra disposto na Constituição Federal, no âmbito dos direitos e garantias em questão.

Omissão esta que, sem dúvida, revela-se no desdém para com a situação carcerária, vez que a atual opção estatal apresenta o cárcere como substituição indiscriminada de políticas públicas de inclusão social – que deveriam ser a prioridade do Estado – principalmente por evitarem problemas como os constatados atualmente, a exemplo da superlotação e da desumanização dos presídios. É neste ponto que se torna imprescindível a discussão acerca das garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, como forma de limitar e conter o poder punitivo, inclusive em relação aos que já estão encarcerados, ao considerar que estes encontram-se ainda mais vulneráveis que a pessoa livre. Mais que isso: estando as pessoas presas sob o domínio do Estado, esse mesmo poder público deve funcionar como verdadeiro garantidor ao respeito absoluto a seus direitos básicos remanescentes, que não são tolhidos pelo cárcere.

Diante da sede de punir que se maximiza com o tempo, inclusive através do aumento da produção legislativa que estabelece novos tipos penais, antecipa a tutela punitiva (crimes de perigo), exacerba e privilegia as penas corporais, e não raramente o faz com ignorância e inobservância aos direitos fundamentais e preceitos constitucionais, surgem, como consequência, os incontáveis problemas no sistema punitivo. A partir daí, torna-se urgente a necessidade de adoção de medidas capazes de conter o crescimento desenfreado das adversidades que se plasmam no sistema penitenciário, e, ainda, não somente impedir sua continuidade, mas reduzi-las e elimina-las tanto quanto possível.

Tendo em vista a necessidade de implementação de iniciativas para corrigir e minorar os problemas do setor, o campo jurisdicional não poderia ficar alheio, evidenciando-se, nesse setor, a importância de ações como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 347, que traçou objetivos claros acerca da tutela dos direitos fundamentais, assegurando a manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana aplicado à vertente da pessoa presa.

Assim, é esta a discussão a ser apresentada na construção do presente artigo, as repercussões da ADPF 347 nos julgamentos atuais, baseando-se nas conquistas advindas da Ação – como a obrigatoriedade da audiência de custódia, que será desenvolvida ao longo do trabalho – na defesa e tutela dos direitos fundamentais das pessoas presas.

## **2 Dos Direitos Fundamentais da pessoa presa: dignidade do encarcerado**

As Constituições Brasileiras evoluíram à medida que surgiam necessidades de se tutelar novos direitos.

É sabido que nas diversas regulamentações normativas estruturais do ordenamento brasileiro, mesmo antes do período republicano, os direitos mais básicos inerentes à pessoa, nos contextos sociais, políticos e econômicos, em alguma medida encontravam-se disciplinados. Mas foi na vigente Constituição, de 1988, que a sistematização desses direitos foi alçada a um novo patamar, sendo-lhes conferido um caráter solidário e fraterno, onde, inclusive, foram expressamente previstas outras garantias decorrentes de princípios e leis/tratados internacionais.

Tendo em vista que a Constituição da República de 1988 inovou na apresentação dos direitos fundamentais, facilmente extraem-se garantias essenciais para a proteção da população carcerária, haja vista que são tidos como pessoas igualmente dignas e possuidoras de direitos, muito longe dos tratamentos de degrado e verdadeira morte civil outrora admitidos. À luz da Constituição vigente, importante, ainda, é mencionar que tais garantias e direitos fundamentais têm eficácia e aplicabilidade imediata e baseiam-se no princípio da dignidade humana.

Nas palavras de SARLET (2001, p.60), a dignidade humana constitui:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim é que, no que diz respeito à dignidade da pessoa presa, ela deve ser proporcionada e garantida pelo Estado, vez que o ser humano privado de sua liberdade



passa a viver em uma condição de dependência plena para com ele. Ou seja, o Estado assume deliberadamente o papel de garantidor e pleno provedor das necessidades do preso. Por isso, é o Estado que deverá fornecer todas as condições suficientes a manutenção do mínimo de dignidade necessária a pessoa.

A pessoa presa deve ser reconhecida pelo Estado – antes de qualquer outro ente – como possuidora de dignidade, que se revela como qualidade inerente à essência de cada ser humano, que, no Direito, traduz-se como bem jurídico irrenunciável e absoluto.

Ainda que privado de outro bem jurídico de extrema relevância para o homem – a liberdade – tal privação não pode implicar na supressão dos demais direitos titularizados pelo encarcerado e, insista-se, principalmente no que tange à dignidade humana – esta, em hipótese alguma deveria ser diminuída ou restringida de qualquer forma.

A liberdade será temporariamente cerceada pelo Poder Público através do direito-dever de punir previsto no ordenamento brasileiro, segundo o qual tal função é monopólio do Estado e, neste caso, significa, tão somente, dizer que a pessoa encontra-se impedida de locomover-se (ir e vir) segundo seu próprio arbítrio, mas de modo algum apartada de sua dignidade, garantias e direitos.

Intrínsecos a pessoa e desvinculados à liberdade, direitos tais como a educação, trabalho, saúde, orientação jurídica são integralmente mantidos e garantidos pelo ordenamento jurídico do Brasil. Ou deveriam ser, já que esse “dever-ser” da norma se afasta enormemente da realidade carcerária, em que se “administra o caos”, onde muitos desses direitos acabam por ser ignorados ou vilipendiados.

Nesse ponto, percebe-se a grande discrepância existente entre a lei formal e a sua prática, o que gera enormes disparidades no plano fático. O sistema normativo do Estado, através da Constituição Federal e de legislações infraconstitucionais – como Código Penal e a Lei de Execução Penal, por exemplo – prevê uma gama de garantias e direitos da pessoa apenada que, constantemente, são desrespeitados pelo próprio Estado. Ao violar tais direitos, que são tidos como garantias mínimas para o cumprimento da pena e da manutenção da integridade dos presos, o Estado acaba por ferir a dignidade da pessoa presa. Aliás, seria o respeito a esses mesmos direitos um dos pressupostos básicos para se cogitar atingir aquele que, para muitos, é o objetivo principal da pena: a ressocialização da pessoa sob a custódia estatal.

A dignidade da pessoa humana, obviamente, estende-se a qualquer pessoa, encontrando-se ela em situação de privação de liberdade ou não. Nenhuma pessoa poderá ser despida de seus direitos irrenunciáveis tão somente por estar condicionada à privação de sua

liberdade; pelo contrário, nestes casos, como já dito, o Estado tem – e assume – o dever de garantir a manutenção do dito princípio.

O princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, encontra previsão legal no artigo 1º, inciso III da CF e tem por finalidade, na qualidade de princípio fundamental, garantir à pessoa um mínimo de direitos que devem ser respeitados/garantidos pelo poder público, bem como pela sociedade em geral, de forma a que se preserve e valorize o ser humano – principal sujeito de direitos e deveres do ordenamento, aliás, a sua própria razão de ser.

Ainda que sob custódia estatal, a pessoa tem direito a não ser submetido a penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – artigo 5º, inciso XLVII, CF/88 - ou seja, direito a não sofrer violência física e moral, devendo, portanto, receber tratamento digno – artigo 5º, inciso XLIX, CF/88.

No que tange à normatização, os direitos da pessoa presa – propriamente ditos - encontram respaldo na já mencionada Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, e em legislações ordinárias, em especial o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

## **2.1 Constituição Federal de 1988**

Em relação à Constituição, a dignidade da pessoa humana, tal como mencionado anteriormente, encontra previsão em seu artigo 1º, inciso III, revelando-se fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio basilar para o desenvolvimento dos demais direitos inerentes às pessoas. PIOVESAN (2000, p. 54; 2004, p. 92) diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

[...]

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Ademais, como lei suprema do Brasil, a Constituição apresenta, em seu artigo 5º, dispositivos que versam especificamente sobre os direitos dos presos – também pautados pelo dignidade – tais como o inciso XXXIX, o qual garante que “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” –, de modo que a ninguém será imputada conduta criminosa se a mesma não for previamente definida como tal, tampouco será imposta modalidade sancionatória não prevista no ordenamento.

Encontra-se ainda outra garantia aos presos no inciso XL, “a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu”, ou seja, não é cabível que se prejudique o encarcerado em virtude de lei posterior, embora possível o efeito retroativo no caso em que a lei nova de algum modo venha a seu benefício.

A Constituição Federal, traz ainda, o inciso XLV do mesmo artigo, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)”, sobre o que ZAFFARONI e PIERANGELI, explicam (2004, pp. 193-194):

Nunca se pode interpretar uma lei no sentido de que a pena transcende a pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros.

Além dos direitos a integridade física e moral (asseguradas pelo inciso XLIX, do artigo 5º, CF/88), ainda há previsão de direitos como: direito à assistência religiosa (inciso VII do mesmo dispositivo); direito à assessoria jurídica integral e gratuita (conforme inciso LXXIV, ainda do artigo 5º, CF e o artigo 134 da Constituição); direito à indenização (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, conforme artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição).

Por fim, não se pode negar a relação existente entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, vez que a Constituição Federal fornece autorização e fundamentação ao Direito Penal.

## **2.2 Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 e Lei de Execução Penal: Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**

Os direitos fundamentais das pessoas presas são irrenunciáveis, invioláveis e imprescritíveis, de modo que a necessidade de tutelá-los implicou na criação de dispositivos

que versem sobre os ditos direitos, inclusive por legislações ordinárias e infraconstitucionais. Estas também são responsáveis por apresentar garantias para que tais direitos sejam efetivamente assegurados, sempre em conformidade e respeitando à dignidade da pessoa humana.

Privada de sua liberdade, a pessoa presa encontra-se em situação que condiciona certa limitação a direitos previstos na Constituição Federal e em outras leis, o que, vale repetir, de modo algum poderá implicar na perda de sua condição humana e na perda de direitos não atingidos pela sanção privativa de liberdade abarcadas no ordenamento jurídico. Destaca-se: de modo algum a pessoa privada de sua liberdade assume uma condição de “não pessoa”, não existe possibilidade que preveja o afastamento da condição de pessoa do “homem” preso; portanto, este jamais poderá se ver privado dos mínimos direitos capazes de lhe garantir a vida e o respeito à sua condição de custodiado estatal, tal como se deriva do princípio da dignidade da pessoa humana.

BATISTA (1996, p. 39), aponta:

O Direito Penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar à Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas da liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. **Dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade** (grifei).

Prosseguindo, os dispositivos seguintes trazem princípios que corroboram os previstos em lei hierarquicamente superior – a saber, os preceitos introjetados na Constituição – e versam sobre alguns com maior especificidade, detalhando-os, tal como estabelece o artigo 41 da Lei de Execução Penal (LEP):

**Art. 41** - Constituem direitos do preso:

**I** - alimentação suficiente e vestuário;

**II** - atribuição de trabalho e sua remuneração;

**III** - Previdência Social;

**IV** - constituição de pecúlio;

**V** - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

**VI** - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

**VII** - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

**VIII** - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

**IX** - entrevista pessoal e reservada com o advogado;  
**X** - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;  
**XI** - chamamento nominal;  
**XII** - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;  
**XIII** - audiência especial com o diretor do estabelecimento;  
**XIV** - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;  
**XV** - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.  
**XVI** - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)  
**Parágrafo único.** Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Bem como, por exemplo, os artigos 15, 16 da mesma Lei (LEP) que versam sobre a já mencionada assessoria jurídica integral e gratuita, também prevista no Código Penal e na Constituição Federal.

Já em dispositivos como o artigo 41 da LEP, em seus incisos V, X e XV, encontra-se previsão expressa da possibilidade de se suspender e/ou restringir direitos mediante ato do diretor do estabelecimento carcerário, ainda que a maioria dos direitos dos presos seja insuscetível a exclusão, restrição ou suspensão. Tais incisos são excepcionalidades que, sendo assim, exigem interpretação e aplicação restritiva e parcimoniosa. Ou seja, trata-se de uma suspensão parcial de garantias reconhecidas por lei aos detentos, de caráter temporário e, como já dito, excepcional, que está diretamente ligada a circunstâncias extraordinárias - motivadoras de tal suspensão -, frequentemente em decorrência da necessidade de se manter a ordem, a segurança e a disciplina do estabelecimento. Nos casos de descumprimento das normas ou risco a tais valores, permite-se a redução ou a suspensão da jornada de trabalho, das visitas, recreação, entre outros.

Porém, importa ressaltar que a despeito da existente possibilidade de interferência nos direitos dos presos, a dignidade da pessoa presa não é alcançada, ou seja, deve permanecer incólume.

### **3 Da ADPF nº 347: Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no sistema carcerário brasileiro**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) objetivando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional - instituto importado do direito colombiano que, genericamente, surge a partir de decisões das cortes que constatam reiteradas violações de direitos fundamentais e que tem por objetivo a construção de soluções voltadas a superação de tal quadro - do sistema prisional brasileiro. E é neste ponto que relacionam-se os direitos anteriormente apresentados.

Existe um extenso rol de garantias previstos nas legislações ora trabalhadas que vem sido sistematicamente desrespeitado. A ADPF 347, portanto, busca determinar a adoção de medidas no sentido de sanar as violações a preceitos fundamentais, decorrentes de condutas comissivas e omissivas do poder público no que diz respeito ao sistema carcerário no país.

Ainda defende a ADPF a existência de normas plenamente suficientes e capazes de garantir o respeito aos direitos fundamentais das pessoas presas, conforme fora observado ao longo da apresentação destes direitos e suas previsões legais, porém, segundo os autores da ADPF, inexistiria interesse em aplica-las devidamente.

Assim assevera o PSOL (2015, p. 15) em sua demanda:

Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF

No que diz respeito ao Estado de Coisas Inconstitucional, esse conceito foi o ponto de partida para a propositura da ADPF em questão. Com o intuito de averiguar a sua existência no sistema prisional brasileiro, fora feita análise de dados sobre a situação atual dos presos do país, bem como fora utilizada a comparação com os padrões defendidos por organizações internacionais e a formulação de pedidos e planos para a melhoria das condições carcerárias.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade desse instituto ao deferir, parcialmente, o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347.

Anteriormente ao deferimento parcial, no que concerne ao procedimento pelo qual a ADPF foi submetida, a mesma teve como relator o Ministro Marco Aurélio. O voto do Ministro-relator se deu em anuência para com as medidas postuladas, admitindo que o quadro desordenado em que se encontra o sistema prisional brasileiro deveria gerar o reconhecimento de sua inequívoca falência, chegando ao ponto de intitular passagem de sua fundamentação acerca do mérito como “A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”. Nesse contexto, o Ministro reconheceu a ofensa a diversos princípios constitucionais e declarou que a situação do sistema carcerário brasileiro viola normas reconhecedoras dos direitos dos presos, a saber, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da LEP.

Porém, o prosseguimento da ação ficou suspenso após a manifestação do Ministro Marco Aurélio, tendo sido, posteriormente, retomada com o voto do Ministro Edson Fachin. Este, não acatou a totalidade da demanda cautelar, mas também enxergou a necessidade de se adotar medidas como a realização de audiência cautelares e o descontingenciamento de verbas existentes no fundo penitenciário. Em seguida, as manifestações dos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki mantiveram a mesma linha a qual vinha sendo seguida, trazendo pontuais alterações.

Os Ministros reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional – relacionando-o a problemas tais como a superlotação, falta de assistência aos detentos, sanções ilegítimas e o desproporcional número de presos em caráter provisório. Entretanto solução alguma fora adotada em relação à necessidade de implementação de planos nacionais, estaduais e distrital – como previa a ADPF – bem como no que tange à observância da imposição de penas condizentes com a gravidade do ilícito cometido e a obrigatória fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão cautelar.

O cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade deve-se pautar no princípio de que o interno é sujeito de direito, não sendo excluído da sociedade; pelo contrário, continua parte integrante da mesma, afinal pena nenhuma será de caráter perpétuo. Assim, devem ser impostas ao condenado exclusivamente as limitações que correspondam à pena e à medida de segurança a que foram submetidos.

Tudo de modo a presumir-se que a execução de uma pena deverá ocorrer em conformidade com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento, sem que se permita violação aos

direitos dos presos, pois, como qualquer outro direito fundamental, estes são invioláveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Por fim, ao deferir parcialmente a liminar, o STF: (i) determinou aos Juízes e Tribunais a realização de audiências de custódia com o intuito de apresentar a autoridade competente, a pessoa presa, num prazo de 24 horas - medida já prevista no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos – e (ii) o descontingenciamento do fundo penitenciário. Concluindo-se que, dentre as oito cautelares requeridas na petição inicial da ADPF, apenas duas foram deferidas.

#### **4 Da audiência de custódia: será um instrumento efetivo para minimizar o Estado de Coisas Inconstitucional?**

Ainda não legislada internamente – ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro não há expressa previsão em lei federal sobre o instituto –, as audiências de custódia encontram previsão em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, a saber: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San Jose da Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O ato judicial em questão teve sua iniciativa a partir da criação do projeto “Audiência de Custódia”, por parte de uma parceria estabelecida entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

O projeto consiste, basicamente, em garantir a rápida apresentação da pessoa presa a autoridade judiciária, nos casos em que as prisões tiverem sido efetuadas em flagrante. Idealizou-se a apresentação do encarcerado a um juiz, em audiência, a fim de que o acusado possa se manifestar, bem como para que sejam colhidas as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou advogado do réu preso. Nessa audiência deve-se analisar a legalidade da prisão, além de sua necessidade, adequação, manutenção ou concessão de liberdade – havendo a possibilidade de se impor ou não outras medidas cautelares diversas da custódia corporal.

Ainda nessa audiência seria momento propício a análise de possíveis ocorrências de maus tratos, torturas, abusos e outros descumprimentos e violações aos direitos da pessoa presa, enfatizando que, apesar de encarcerado, o flagranteado é detentor de dignidade e de direitos fundamentais e, portanto, não pode ter suas garantias suprimidas ou transgredidas.



O instituto da audiência de custódia conecta-se diretamente a dois grandes problemas: a utilização indiscriminada do sistema punitivo e o conseqüente encarceramento em massa.

Nesse diapasão, superlotação e o caos do sistema penitenciário brasileiro são assuntos, atualmente, amplamente debatidos, isto devido ao alarmante aumento da população carcerária nos últimos anos. Ao tratar deste considerável aumento, notam-se indícios de que a opção punitiva estatal não seria tão eficiente e o princípio da subsidiariedade do Direito Penal – que visa a limitação do poder punitivo do Estado – vem sendo claramente mitigado.

Ademais, o advento da audiência de custódia, aparentemente traria contribuições verdadeiramente positivas, de modo que torna-se possível evitar, ou ao menos limitar, as prisões ilegais, desnecessárias ou arbitrárias – evitando o conseqüente encarceramento em massa ocasionado por tais tipos de prisão.

Logo, espera-se que a pessoa, presa em flagrante, não assuma posição tão vulnerável, deixando o juiz natural de ficar refém da letra fria do auto de prisão em flagrante (lavrado pela autoridade policial em fase inquisitiva, na qual inexistente a observância de princípios como o do contraditório ou ampla defesa), passando o Julgador a ter melhores condições para decidir sobre o relaxamento da prisão, pela decretação da prisão preventiva da pessoa ou pela aplicação de medidas restritivas mais brandas (proibição de frequentar determinados lugares, de se ausentar do país, etc). E mais: com a audiência de custódia, fica também abreviado o tempo para se questionar eventual decisão do Juiz da custódia junto ao Tribunal competente, através do eventual manejo de ação de “habeas corpus”.

A prevenção contra abusos, tortura e maus tratos por parte dos policiais seria outra relevante contribuição da obrigatoriedade das audiências de custódia. Tal prevenção assegura o direito à integridade pessoal das pessoas presas, que encontra respaldo legal no que prevê o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, p. 3), combinado com o que encontra-se disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966, p. 7):

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

[...]

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)

Agora, no que concerne à obrigatoriedade da realização de audiências de custódia trazida pela concessão de liminar da ADPF N° 347 e a possibilidade de minimizar as características do Estado de Coisas Inconstitucional, pode-se perceber indícios de que este instrumento notoriamente importante não tem sido priorizado como deveria, de modo que o julgado respectivo vem sendo visto como mera formalidade, não raramente desconsiderado na prática, o que retarda a produção, de modo mais amplo e efetivo, dos efeitos esperados, os quais visam, além da manutenção da dignidade da pessoa presa, a recuperação do sistema penitenciário brasileiro, atualmente visto como um sistema em constante crise, se não falido.

#### **4.1 Da ADPF 347 e a obrigatoriedade da audiência de custódia nos recentes julgados**

Ainda que não tenha sido deferida a liminar da ADPF n° 347 em sua totalidade, parte do pedido que foi concedido deveria implicar em, ainda que embrionariamente, repercussões nos julgamentos pós-reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o que, pelo que se vê, ainda não se observa com a frequência esperada.

Nos termos postos na ADPF n° 347:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas,**

**contado do momento da prisão.** (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015)

Desde a deliberação pela Suprema Corte acerca da observância obrigatória de audiências de custódia, utopicamente, espera-se e busca-se seu cumprimento. Mas nas decisões mais atuais de órgãos do poder judiciário, como o próprio STF, ainda que pela extração de pequena amostra, constata-se distância muito grande daquele ideal, na medida em que não se estabelece qualquer sanção ou nulidade processual pela não realização da audiência de custódia.

A conferir:

**“STF - MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO : MC Rcl 23503 DF - DISTRITO FEDERAL 0052151-92.2016.1.00.0000**

Decisão: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada em face do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Meruoca/CE, sob a alegação de que o Magistrado determinou a prisão preventiva do reclamante sem observar a audiência de custódia exigida pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e pelo o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, violando a autoridade da decisão proferida na ADPF 347 MC/DF. Eis o teor do referido decisum, datado de 23/03/2016: “Trata-se de pedido de relaxamento de prisão em flagrante c/c pleito subsidiário de liberdade provisória formulado por Pedro Henrique Alves. Aduziu o postulante que houve omissão quanto à formalidade essencial prevista para o procedimento fragrancial, tendo em vista a não realização da audiência de custódia, disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por essa razão, é cabível o pretendido relaxamento. Subsidiariamente, é devida a concessão de liberdade provisória, por inoportunidade de alguma das hipóteses do art. 312 do CPP. O representante do Ministério Público opinou desfavoravelmente ao pedido. É o relatório do essencial. Decido. **A despeito dos argumentos, entendo que a não realização da audiência de custódia não tem, por si só, o condão de ensejar o relaxamento da prisão do requerente. Embora o procedimento encontre respaldo na Constituição Federal, bem como nos pactos e tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, quais sejam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a implantação do instituto vem ocorrendo de forma gradativa, consideradas, essencialmente, as limitações das Comarcas pequenas.** Destarte, não há falar que houve constrangimento ilegal no presente caso, mesmo porque o instituto ainda não foi implementado na Comarca de Meruoca, haja vista a própria ausência de estrutura compatível para a adoção das medidas correspondentes. Por essas razões e considerando que o procedimento da prisão em flagrante obedeceu os ditames do CPP, denego o pedido de relaxamento. No tocante ao pedido de liberdade provisória, também entendo não merecer deferimento. A uma, porque há indícios de que o crime contra o patrimônio teria sido cometido em associação criminosa e, ainda, envolvendo a presença de menor, questões de relevante gravidade. A duas, porque está presente a hipótese do art. 313, I, do CPP. E, a três, porque o crime de roubo envolve violência,

sem contar que há indícios de que foi praticado mediante porte de arma e em concurso de agentes, o que demonstra maior periculosidade da conduta. Desta sorte, a manutenção da custódia cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública, tudo nos termos do art. 312 do CPP, motivo pelo qual indefiro o pedido de liberdade provisória.” O reclamante alega, em síntese, que a autoridade reclamada afrontou a autoridade da decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADPF 347 MC/DF, sintetizada nestes termos: “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” Requer a concessão de liminar a fim de suspender o ato impugnado, para evitar dano irreparável e, no mérito, a procedência do pedido para tornar definitivo o provimento cautelar. É o relatório, em síntese. DECIDO. Tenho, ab initio, por relevante a explicação da autoridade reclamada no sentido da dificuldade da implantação do sistema de audiência de custódia, notadamente nas pequenas Comarcas. Além disso, há que se sopesar a real necessidade da prisão cautelar do reclamante a bem da garantia da ordem pública. Ex positis, INDEFIRO a liminar. Requistem-se informações. Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Int.. Brasília, 31 de março de 2016. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.

Decisão essa que, claramente mitiga a aplicação de uma medida reconhecida como necessária pelo próprio STF, de modo que a conquista advinda da concessão parcial da liminar da ADPF 347 retorna a seu *status* de Estado de Coisas Inconstitucional. Extrai-se da decisão:

A despeito dos argumentos, entendo que a não realização da audiência de custódia não tem, por si só, o condão de ensejar o relaxamento da prisão do requerente. Embora o procedimento encontre respaldo na Constituição Federal, bem como nos pactos e tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, quais sejam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a implantação do instituto vem ocorrendo de forma gradativa, consideradas, essencialmente, as limitações das Comarcas pequenas.

Nota-se, no desenvolvimento do presente artigo, a contradição do caráter obrigatório da observância da audiência de custódia na instrução criminal, facilmente exemplificada por sua dita aplicação como “não obrigatória” (aqui se escancara a contradição!) nos casos em que forem impostos empecilhos na sua efetivação – como ilustra

o citado julgado que, vale ressaltar, foi proferido no âmbito do mesmo Supremo Tribunal Federal.

Assim, visível é manutenção a violação dos direitos da população carcerária, a continuidade da falência do sistema penitenciário, e se faz evidente a pouca eficácia das decisões que determinam, ou que ao menos almejam, melhorias nas condições da pessoa presa.

No mesmo sentido, percebe-se no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais a repercussão das decisões de tribunais superiores:

**TJMG - Habeas Corpus -1.0000.16.062896-2/000**

Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite - Data de Julgamento: 25/10/2016 - Data da publicação da súmula: 04/11/2016 - **EMENTA:** HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - NÃO REALIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA PREVENTIVA - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - NÃO VIOLAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR OUTRA MEDIDA CAUTELAR - IMPOSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA. Na esteira do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao recorrente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição da República e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes. Considerando que a prisão preventiva não se ancora em certeza de culpa, mas sim em indícios, não se verifica a violação ao princípio da presunção de inocência.

**TJPE - Habeas Corpus HC 4118430 PE**

**Ementa:** PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PROCEDIMENTO NÃO IMPLANTADO NO JUÍZO PROCESSANTE. HOMOLOGAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE.CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS PROCESSUAIS PENAS VIGENTES. NÃO VERIFICADA CONSTRUIÇÃO EXTRALEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. MANDAMUS DENEGADO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A audiência de custódia cautelar foi implantada tão somente na Comarca da Capital, não sendo exigida nos

processos que tramitam perante as demais Comarcas do Estado de Pernambuco, que é o caso dos autos. 2. A prisão em flagrante do paciente foi homologada e convertida em **custódia** cautelar, sendo devidamente fundamentada na garantia da ordem pública (arts. 312 e 311, CPP). 3. Observadas as regras processuais penais vigentes, não há que se falar em constrição extralegal à liberdade de locomoção do paciente. 4. Mandamus denegado. Decisão unânime.

E, também, decisões desvinculadas às do STJ mas que apontam a não realização da audiência de custódia como mera irregularidade:

**TJ-MG - Habeas Corpus Criminal HC 10000150489821000 MG (TJ-MG)**

**Data de publicação: 23/07/2015**

**Ementa:** HABEAS CORPUS - EXTORSÃO - ILEGALIDADE DA PRISÃO NÃO CONFIGURADA - COMUNICAÇÃO DO FLAGRANTE NO PRAZO LEGAL - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE **CUSTÓDIA** - MERA **IRREGULARIDADE** - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - Se a prisão em flagrante do acusado foi devidamente comunicada ao d. Magistrado a quo no prazo de vinte e quatro horas, não há que se falar em sua ilegalidade. - A não realização de audiência de custódia é incapaz de macular a prisão do acusado, uma vez que se trata de mera irregularidade, mormente quando os demais direitos do acautelado foram garantidos e já tendo sido a prisão preventiva decretada.

**TJ-MA - Habeas Corpus HC 0600222015 MA 0010586-24.2015.8.10.0000 (TJ-MA)**

**Data de publicação: 26/01/2016**

**Ementa:** E M E N T A HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE **CUSTÓDIA**. MERA **IRREGULARIDADE**. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ESTADO FLAGRANCIAL CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. 1-A respeitável decisão guerreada atendeu o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, vez que alicerçou-se na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, bem como na garantia da aplicação da lei penal, pois existem provas da existência do crime e de indícios da participação dos pacientes no nefasto comércio de entorpecentes, não havendo, portanto que se falar em falta de fundamentação. 2-A ausência de audiência de custódia prévia constitui mera irregularidade, não tendo o condão, por si só, de revogar a prisão preventiva dos ergastulados, quando presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP. 3-Estado flagrancial configurado. Paciente que foram flagrados tentando receber a droga que seria posta à comercialização. 4-Ordem denegada. Unanimidade.

**TJ-MG - Habeas Corpus Criminal HC 10000150496776000 MG (TJ-MG)**

**Data de publicação: 06/08/2015**

**Ementa:** HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - NEGATIVA DE AUTORIA - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - REINCIDÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONVERSÃO EM PREVENTIVA - ATUAÇÃO "EX OFFICIO" PELO JUIZ - LEGALIDADE - AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - MERA **IRREGULARIDADE** - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - O Habeas Corpus, em princípio, não se mostra como meio adequado para discutir negativa de autoria. - Se a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva faz referência à situação fático-jurídica que motiva a custódia cautelar do paciente e encontra-se devidamente amparada no fumus comissi delicti e periculum libertatis, este consubstanciado na garantia da ordem pública, fundamentada está o tanto quanto necessário à luz da Constituição da República. - Paciente reincidente em princípio não faz jus às benesses da liberdade provisória, mormente se os elementos dos autos indicam a necessidade da prisão cautelar. - Tão logo receba o Auto de Prisão em Flagrante o Juiz deve verificar a legalidade da medida e proceder na forma do artigo 310 do Código de Processo Penal. - A não realização de Audiência de Custódia é incapaz de macular a prisão do acusado, uma vez que se trata de mera irregularidade, mormente quando os demais direitos do acautelado foram garantidos e já tendo sido a prisão em flagrante convertida em preventiva. - Inexiste, nas hipóteses da prisão preventiva, prejuízo ao princípio da presunção de inocência, quando presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar. - Se o paciente é reincidente, não possui condições subjetivas favoráveis; surge também daí a inviabilidade da revogação do decreto da prisão preventiva.

Novamente, ainda que tendo como exemplo um universo restrito de julgados, a partir das jurisprudências apresentadas – reflexo do que ainda faz-se mais corriqueiro entre os tribunais da justiça brasileira, apesar de existirem determinações em sentido contrário – cabe evidenciar a transgressão dos direitos fundamentais e o desrespeito ao que fora reconhecido e determinado através da ADPF nº 347.

Sob o argumento de que o sistema não se encontra capacitado a aplicar e efetivar as medidas declaradas na APDF, observa-se a construção de um “precedente” para o descumprimento. O Estado, como responsável e garantidor dos direitos fundamentais de qualquer pessoa – em especial, neste contexto, da pessoa presa – deveria ver-se obrigado a manejar ferramentas capazes de sustentar suas próprias decisões, de modo que o avanço obtido através da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental implique em efeitos concretos na árdua caminhada pela humanização do sistema prisional

## **5 Conclusão**

O Supremo Tribunal Federal, em duas distintas oportunidades, confirmou, por exemplo, a constitucionalidade e a importância da implantação da audiência de custódia para a garantia da dignidade da pessoa humana, sendo elas a ADI nº 5240 – os ministros mantiveram as normas que regulamentam a implantação da audiência de custódia no estado de São Paulo – e na ADPF nº 347, em que determinou que juízes e tribunais realizassem audiências de custódia como providência necessária à solução da crise prisional em nosso país.

Como parece ser indiscutivelmente necessária a tomada de providências no que tange à crise do sistema prisional brasileiro, constata-se a grande importância de ações como a ADPF que busquem trazer luz à obscuridade observada na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo preso. Porém, na contramão, restou ainda mais claro o desinteresse do poder público nesta parcela da população, já que, desde a decisão na ADPF citada, nada ou muito pouco foi de fato executado.

Nosso modelo de Estado Democrático de Direito, enquanto devedor de obediência à supremacia das leis, mostra-se omissos na missão de fornecer subsídios absolutamente necessários no âmbito da defesa de direitos básicos da pessoa, principalmente por estar em débito quanto ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e à adequação social das leis.

Implementações como as propostas pela ADPF são essencialmente necessárias ao resguardo da liberdade individual, representando gesto de respeito ao estado de liberdade das pessoas. Buscam, ainda, a preservação do estado natural de incoercibilidade dos cidadãos em geral, são reverentes à lei fundamental da República e respeitam, sobretudo, os tratados internacionais do mundo regido pelo Direito, dos quais o Brasil é signatário. Porém, não basta que seja determinada a adoção de medidas se não se criarem condições e cobranças para que prosperem.

Sempre que possível, deve-se prezar pela liberdade do ser humano e, ainda que impossível, é necessário que obrigatoriamente se preserve a dignidade do mesmo, garantindo-se seus direitos, de modo a dar-lhe o respeito devido para que dele se possa cobrar, mais adiante, respeito à ordem e à sociedade. Não por outro motivo o artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - afirma que toda pessoa que for presa, detida ou retida, deverá ser conduzida a presença de um juiz ou autoridade competente por lei, sem demora, a fim de que não seja mantida privada de sua liberdade por tempo além do estritamente necessário.



A pessoa presa deverá ser vista como um indivíduo social que praticou um crime e não como um inimigo do Estado e da sociedade, mantendo-se todos os seus direitos remanescentes resguardados e protegidos. A conduta criminosa praticada não autoriza o Estado a tratar a pessoa presa como se sujeito de direitos não fosse. Importantíssimo reiterar que o infrator continua sendo um ser humano e, como tal, sujeito de direitos.

Como mencionado anteriormente, enquanto perdurarem as graves desigualdades sociais, nunca será alcançado um nível de controle aceitável no campo punitivo, de modo que os social e economicamente desfavorecidos continuarão lançados à margem da sociedade, enquanto pessoas presas ou livres. Aparentemente, pessoas com essas características se tornam desinteressantes para o Estado, mas, ao serem consideradas “marginais” e merecedoras de sanções, elas serão, mais do que nunca, responsáveis desse mesmo Estado.

Evidências – por exemplo, o exponencial aumento da população carcerária do Brasil – mostram que o Direito Penal se afastou consideravelmente das suas concepções morais, sendo aplicado de modo hipertrofiado, sem a devida contenção e parcimônia. Como resultante, tem-se a sobrecarga, logicamente, do sistema punitivo, o que obriga a adoção de medidas paliativas ou de alívio a esse sistema colapsado. Porém, como já dito, não há praticidade alguma na criação de medidas ou na aprovação das mesmas, como no caso da ADPF 347, se elas não forem verdadeiramente implementadas, ou, ainda, se forem mitigadas desde o início de sua existência, flexibilizadas e “contornadas”, contribuindo para a manutenção e o agravamento da situação caótica que justamente buscavam resolver.

E no que tange à flexibilização, a única explicação capaz de encaixar todas as ideias é de que não ficou claro para os responsáveis pelo funcionamento da máquina estatal que flexibilizar a aplicação de medidas obrigatórias e imprescindíveis é flexibilizar a tutela de direitos fundamentais, o que afronta gravemente o ideal constitucional. Na Constituição não há qualquer possibilidade ou previsão que permita mitigar a garantia dos direitos das pessoas, bem como de princípios, a exemplo, da dignidade da pessoa humana. Direitos e garantias fundamentais não admitem sejam interpretados restritivamente.

Assim, espera-se que se mude a visão acerca da pessoa presa, que ainda em pleno século XXI é tida como um objeto vazio e despido de direitos. Não pode ser reservado ao homem o caráter de matéria prima de uma indústria punitiva, principalmente se eles terminarem por ser excluídos da coexistência social. Necessário que essas pessoas sejam enxergadas como detentoras de direitos, merecedoras de respeito, sujeitos de dignidade, e a partir disso seja medido o tamanho da crise do sistema carcerário, o imensurável desrespeito

aas condições básicas de sobrevivência de pessoas privadas da liberdade. Ou seja, essa crise tem de ser medida a partir da dimensão do ser humano, e não à luz dos gastos, das despesas e da estrutura física prisional.

Para tanto, não há outra saída senão a de mudar-se radicalmente a concepção de primazia da prisão, de modo que compreenda-se a liberdade como sendo a regra, como o verdadeiro direito fundamental que é, não de modo anárquico, jamais sendo passível de supressão de forma tirânica e indiscriminada.

E mesmo que o Direito Penal continue atuando de maneira massiva, não cabe a ele ofender princípios “invioláveis” de pessoas vistas como “merecedoras” – em seu sentido mais pejorativo possível – da punição da pena de prisão – esta que deveria ser o último meio de controle social. A elas é incontestável o direito de ter sua dignidade tutelada e preservada como das demais pessoas, afinal tais direitos lhes são devidos pelo simples fato de serem pessoas humanas e plenas de dignidade.

Para concluir, cabe insistir num ponto: medidas como a ADPF 347 são fundamentais para recolocar no centro do debate público a questão da precariedade do sistema prisional, bem como para levar ao mesmo maior visibilidade. Medidas de harmonização constitucional e ao Direito Internacional, uma vez reconhecidas, não devem ser mitigadas ou esquivadas; ao contrário, merecem priorização, cobrança e fiscalização quanto à sua efetiva aplicação.

Enfim, toda pessoa presa, independentemente da conduta praticada, caso encontre-se nessa condição – privada de liberdade –, ao mesmo tempo em que apontada como devedora da sociedade, passa a ser credora do poder público que lhe tomou a liberdade. O Estado, por isso mesmo, se coloca na posição de seu garantidor, vendo-se obrigado a protegê-la, de modo a garantir e preservar todo o direito que seja inerente à sua dignidade.

## **6 Referências**

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1996;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998;

BRASIL. **Código Penal, 1940**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acessado em 30 de novembro de 2016;

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acessado em 30 de novembro de 2016;

BRASIL. **Lei de Execução Penal**, 1984. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acessado em 11 de novembro de 2016;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**, 1969. Disponível em: [http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao\\_Pacto\\_San\\_Jose\\_da\\_Costa\\_Rica\\_-\\_1969\[1\].pdf](http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969[1].pdf). Acessado em 01 de dezembro de 2016;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos direitos Políticos e Cívicos, 1992**. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2016/02/10212842/Aula-04-Pacto-Internacional-dos-Direitos-Civis-e-Pol%C3%ADticos.pdf>. Acessado em: 02 de dezembro de 2016;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004;

PSOL. **Petição Inicial da ADPF 347, 2015**. Disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acessada em diversas datas;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347** – inteiro teor do acordão, 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acessado em diversas datas.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

## **7 Obras consultadas**

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**/ Alessandro Baratta, tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002;

CORREA, Gaspariano Siqueira. **Encarceramento em massa e a necessária implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro moderno**, 2015. Disponível em

<http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/encarceramento-em-massa-e-a-necessaria-implementacao-da-audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro-moderno.pdf>. Acessado em 05 de dezembro de 2016;

CALLEGARI, Andre Luis, GUNTHER Jakobs, GIACOMOLLI, Nereu Jose e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª edição, Editora Livraria do Advogado, 2012;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral 1**, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e Liberdade – Coleção Para entender direito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acessado em 30 de novembro de 2016;

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 9 de setembro de 2008. Acessado em 19 de novembro de 2016.

Dizer o Direito. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>. Acessado em 11 de novembro de 2016;

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel e REGO, Davi Uruçu. **Democracia e Direito Penal: a interpretação do jus puniendi conforme a Constituição**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6160](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6160). Acessado em 31 de novembro de 2016;

JÚNIOR, Aderaldo Ribeiro de Queiroz. **Direitos fundamentais do preso**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29380/direitos-fundamentais-do-preso>. Acessado em 31 de novembro de 2016;

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional**, 2015. Disponível em <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acessado em 19 de novembro de 2016;

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acessado em 19 de novembro de 2016.

LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **O difícil caminho da audiência de custódia**, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da>

audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/. Acessado em 23 de novembro de 2016;

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **VOTO ADPF 347**, 2015. Disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>. Acessado em 19 de novembro de 2016;

MOREIRA, Romulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**, 2015. Disponível em <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>. Acessado em 11 de novembro de 2016;

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>. Acessado em: 2 de dezembro de 2016;

SANTANA, Raquel de Santos. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**, 2010. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acessado em 31 de janeiro de 2016;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**, 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acessado em 31 de novembro de 2016;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na aprovação reclamação: MC Rcl 23503 DF – Distrito Federal 0052151-92.2016.1.00.0000**. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322857704/medida-cautelar-na-reclamacao-mc-rcl-23503-df-distrito-federal-0052151-9220161000000>. Acessado em 2 de dezembro de 2016;

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito. Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: [www.iddd.org.br/Boletim\\_AudienciaCustodia\\_RedeJusticaCriminal.pdf](http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf). Acessado em 03 de dezembro de 2016;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.